

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y SU APLICACIÓN EN LA REALIDAD: PERSPECTIVAS Y COMENTARIOS*

Entrevista a Federico Salazar Bustamante**

El Análisis Económico del Derecho es una corriente interpretativa que ha ganado protagonismo en nuestro país durante los últimos años. En la presente entrevista analizamos con un filósofo liberal las distintas perspectivas humanistas del Análisis Económico del Derecho, la necesidad que tiene el mismo de abrirse a otros campos disciplinarios y la importancia de ver en este análisis aspectos tan importantes como la cultura y la historia más allá del simple análisis racional en la aplicación del Derecho en la sociedad.

Federico Salazar comenta, además, temas polémicos para el Análisis Económico del Derecho como lo son la tenencia legal de armas o el aborto, y por último nos brinda una reflexión sobre cuáles serían los grandes retos de esta disciplina. Sin duda, una perspectiva interesante para el análisis de la necesidad de abrir esta disciplina en diálogo interdisciplinario con las humanidades.

* La presente entrevista fue realizada por Marco Zaldívar, miembro del Consejo Directivo de THEMIS y Carlos Fernando de Trazegnies, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS.

** Filósofo por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Periodista de América Televisión.

- 1. El Análisis Económico del Derecho intenta darle un sentido práctico a la aplicación del Derecho en las actividades cotidianas. De hecho, muchos de los temas políticos actuales pueden ser vistos desde un enfoque económico-legal. ¿Está usted de acuerdo con esta corriente interpretativa?**

Yo no soy un seguidor del Análisis Económico del Derecho, pero sí sé que tiene un aporte que en realidad parte de llevar el análisis microeconómico a todos los ámbitos de la vida de los seres humanos, lo cual es bastante razonable, pues todos tomamos nuestras decisiones en todos los ámbitos de nuestra vida sobre la base de un análisis costo-beneficio. Entonces, claro, si el sistema de reglas, morales o legales, nos puede facilitar, dificultar, elevar los costos o elevar los beneficios de cierto tipo de decisiones, entonces es obvio que el impacto de la legislación va a orientar un cierto tipo de actividades. Toda conducta humana, todo hecho económico o jurídico, debe poder pasar por el tamiz del Análisis Económico del Derecho. Yo creo que cuando alguien quiere circunscribir su análisis a los temas de Derecho, claro, es Análisis Económico del Derecho, pero en realidad lo mismo podríamos hacer con la cultura, con el arte, la ciencia, con todo.

- 2. El Análisis Económico del Derecho está ganando protagonismo como una corriente interpretativa, algo que es un poco más importante que ligar el Derecho con la moral. ¿Qué opina usted al respecto?**

Eso por un tema de las academias. Hay gente que hace más trabajos al respecto y eso va a hacer que esa corriente sea más famosa, pero esos son períodos. Creo que el valor más comprehensivo es el de la acción humana, que es una teoría que viene de la economía, y habla justamente de la racionalidad de las acciones en todo ámbito de la vida. Se puede aplicar a la antropología, lingüística, o a cualquier orden complejo. El Análisis Económico del Derecho está bien, pero para mí es un ámbito parcial, no debe ser tomado como un explicativo de todo el quehacer social.

Las modas traen algo bueno y algo malo. Las modas traen de malo que a veces ves

demasiado por un solo prisma y trae de bueno que nos trae conocimientos nuevos. Entonces, todo hay que tomarlo a su medida, no es malo que tenga su momento y su fama, después las cosas se ponen en su nivel y recuperamos perspectiva. En ciencias sociales, lo que tenemos que hacer es no tomar una metodología que es para un ámbito parcial como si fuera el interpretante de todo el mundo porque eso nos lleva a dejar de ver otras cosas y a ver solamente un tipo de resultado. Desde el punto de vista de las ciencias sociales hay que saber descremar lo que es tendencia, lo que es momento, de lo que es algo que va a quedar para siempre.

- 3. Teniendo en cuenta el análisis costo-beneficio de la legalización de armas, ¿considera usted que sería recomendable legalizar el no ejercer un control efectivo sobre la adquisición y tenencia de armas?**

Son dos cosas distintas, digamos, de lo que se trata es que la gente tenga derecho a portar armas, pero así como tú tienes derecho a manejar un carro, no tienes derecho a manejar un carro y estrellarte contra el mío. Las sociedades van descubriendo mecanismos de control dentro del Derecho, no de control fuera del Derecho. Cuando vamos hacia un esquema de prohibición, hacemos un control estatal fuera del Derecho, o sea “yo no te reconozco ningún derecho y por lo tanto te controlo”. Eso es totalmente distinto a decir, “reconozco tu derecho de propiedad, pero tu también reconoces la propiedad del vecino”. El Derecho controla pero reconociendo el ámbito privado y además reconociendo –sobre todo– los métodos de convivencia. Tener un arma no es disparar un arma, entonces, una cosa es el derecho a tener armas, y otra cosa es el derecho a disparar armas. El derecho a tener armas permite un mejor control del derecho a disparar armas. Más bien la prohibición hace que la tenencia sea ilegal y clandestina, y si ya es ilegal y clandestina, y tú ya asumiste el costo de ser ilegal, el costo de disparar es más fácil de asumir. Entonces, al contrario, la prohibición facilita; y es un juego de reglas que va a hacer que el análisis costo-beneficio de cada individuo –al margen de los temas morales– vaya a ser a favor de disparar.

Ahí hay dos elementos importantes y que no considera el Análisis Económico del Derecho: El elemento cultural y el elemento histórico.

Nosotros no solamente nos guiamos por los incentivos que nos dan las leyes, sino también por los incentivos y desincentivos que nos da la moral. Por ejemplo, un judío que no come carne de cerdo, la ley le permite comerla, pero él no la va a comer. Él tiene una restricción moral, que funciona tan vinculadamente como una norma legal –y hasta más. Ésta la aprendió de chiquito.

En las sociedades funcionan las dos cosas. Funciona el esquema normativo, o el marco institucional del Derecho formal, pero también el marco institucional normativo de las morales. Y digo “las morales” porque no hay una sola moral, si no, hay muchas morales, por ejemplo las de las religiones o las de las culturas. Una cosa es seducir a una niña de trece años acá y otra en la selva. En la selva eso es normativo, está aceptado socialmente porque se reproducen más tempranamente. Tiene que ver con muchas cosas de raíz sociológica, antropológica, cultural, y ese es un esquema normativo distinto al nuestro. El problema es que el Estado tiene que abarcar a todos los grupos, entonces la Ley a veces hace rajatablas en las diferencias culturales cuando muchos ámbitos culturales de circuito reducido tienen su propio esquema normativo, entonces a veces calza y a veces no calza. Cuando descalza muchas veces, ahí vienen los conflictos y a veces hasta las revoluciones. Entonces la Ley tiene que ser tan abierta y tan abstracta como para que quepan los marcos normativos pequeños.

Una cosa es, por ejemplo, las normas sobre danza en Puno que en Lima o que en Chiclayo, o Trujillo. Entonces los incentivos y desincentivos son distintos. Entonces para tú estudiar cuál es el impacto de la ley, tienes que estudiar qué es lo que pasa en cada ámbito cultural y social. Eso es un poco lo que se olvida en el Análisis Económico del Derecho.

4. **Hace algunos meses, en junio, hubo un episodio en Colorado, en el cual un individuo entró a un cine, durante el estreno de la última película de “Batman” y disparó contra los asistentes. En Colorado está permitido portar armas, y sin embargo está prohibido disparar si no hay un caso de defensa personal (legítima defensa). ¿Hasta qué punto sería perjudicial poder permitir la tenencia?**

Siguiendo su punto de vista, el margen entre estar en posesión de un arma (a pesar de la prohibición) y dispararla, no significa una gran diferencia pero ¿no cree usted que el desregular la tenencia de armas puede resultar en que alguna persona, como James Holmes, llegue a disparar contra terceros?

Claro, pero eso es como pretender que la no tenencia de armas de pronto elimine la locura del cerebro de este señor. Eso es absurdo. Yo entiendo la preocupación de la gente que ve disparar a alguien y dice “¡Ah! El problema está en la tenencia” (o en la adquisición), pero el problema no está allí, el problema está en la cabeza. Es decir, ¿qué estamos haciendo que en la cabeza de una gente es bueno disparar a los demás?, y eso va a funcionar con tenencia o sin tenencia, es decir, alguien que quiere disparar a los demás va a conseguir el arma como sea. Ahora, cuando les decía que el Derecho controla, claro, el Derecho controla si es que tenemos una formalización del Derecho. Es como los títulos de propiedad de las casas, o sea, yo respeto al vecino porque mi título de propiedad define claramente la frontera o el ámbito de división de los derechos. El problema con la tenencia de armas es que, tanto en Estados Unidos cuanto en otros países, se ha relajado el sistema del control de la tenencia legal. Por ejemplo, aquí también, para dar armas uno puede conseguirlas si consigue la licencia, pero resulta que eso es un saludo a la bandera, o sea, realmente no se trata seriamente el tema de la entrega de armas.

Tener un arma es como manejar un vehículo. En ese sentido, uno no puede darle un vehículo, por lo pronto, a un menor de dieciocho años. Incluso para mayores de edad, con los que también hay un montón con problemas y por eso hacemos los exámenes de manejo que hoy en día han mejorado mucho con respecto a los exámenes de manejo que teníamos en mi época –en mi época eran estatales–, hoy día por lo menos son privados otorgados en concesión. Quizás por ahí se pueden buscar mecanismos de competencia en el otorgamiento y definición de estos derechos de estas cartas, o digamos licencias tanto de manejo cuanto de uso de armas, para tener un mayor registro, un mayor control, desde dentro del Derecho. Sin embargo, como les digo, nada de eso va a

hacer que una persona mentalmente enferma se cure, o sea los enfermos mentales vienen por otra razón, no vienen porque existan las armas, vienen porque algo está fallando en la cabeza y eso hay que analizarlo, no digo que hay que olvidarlo, pero eso ya pertenece a otro ámbito.

5. ¿Pero entonces sí tendría que haber – claro, privado sería mejor– ese control mínimo de capacidades?

Más que control es una fijación del Derecho, todo derecho tiene que ser claro, tiene que ser cierto, porque si yo te digo “de acuerdo, tu casa es la de allá”, y no digo en qué parámetro, cuántos metros, no funcionaría el derecho de propiedad. Tiene que ser muy claro y muy certero, entonces, en este caso para la entrega de las armas también. Primero, se tiene que saber quién tiene cada arma, que estén debidamente registradas –como un automóvil– y, de acuerdo a las normas culturales del lugar, el tipo de calificación. ¿Por qué las normas culturales? Porque es muy diferente tener un arma en Tocache, que tener un arma en Lima o en Trujillo o en Arequipa. Lo que pasa es que en Estados Unidos –por eso les decía que no es sólo el Análisis Económico del Derecho– tiene mucho que ver la historia. O sea, la historia de los Estados Unidos tiene mucho que ver, allí la tenencia del arma ha sido muy importante porque en un momento era la forma en que cada uno defendía sus derechos, entonces eso se sancionó como sagrado derecho fundamental constitucional –acordémonos del *far west*. En ese sentido, todo el mundo tenía que estar armado en un momento; y, después, por supuesto, la ley restableció el orden y mejoraron la seguridad jurídica y los derechos, perfecto; pero en el origen de su historia hay una marca genética que es el derecho a portar el arma, que es un derecho de defensa. Entonces, por eso les digo, no basta el Análisis Económico del Derecho, tiene que entroncarse con la historia y con la cultura, para mí son dos ámbitos bien importantes.

6. Entonces, el hecho de poder portar armas y el hecho de tener una, y poder usarla como defensa personal podría generar el que uno termine exponiéndose más. Digamos, por ejemplo, que unos ladrones me interceptan y me piden todo mi dinero; si yo no tuviese arma, quizás

me arriesgaría menos al momento de defenderme. ¿Qué opina al respecto?

Pero si estuviéramos en una cultura de tener armas legales, eso sería disuasivo. Entonces, el delincuente diría “éste también tiene arma”, entonces tendría que ir a un arma de mayor envergadura y así. Por eso les digo, las cosas no se pueden analizar fríamente sobre la base de hoy día nada más, eso sería un corte –que en lingüística se llama– sincrónico. Aquí lo que tenemos que hacer es un análisis diacrónico, o sea en el tiempo, porque yo no puedo imponer normas ahora si no tienen base sobre la historia. Si yo de la noche a la mañana, por ejemplo, una semana atrás ponía el derecho absolutamente libre y sin registro a portar armas, pues moríamos todos asesinados por los delincuentes, o sea las cosas hay que hacerlas inteligentemente. El tema teórico de reconocer derechos y qué es lo que hay que hacer con la ley está muy bien, pero hay que analizarlo en la situación porque una cosa es la teoría y los ideales y otra cosa es el programa de cómo convertir esos ideales en una cuestión efectiva, práctica.

7. Cambiando de tema, en el Perú, el Derecho Penal sólo acepta el aborto terapéutico, es decir, cuando la vida de la madre peligra por el crecimiento del concebido. ¿Considera que el Derecho Penal debería aceptar el aborto sentimental, el cual implica que el embarazo sea producto de una violación?

No, de ninguna manera. Por una cosa bien difícil de entender, porque éste es un tema muy emocional. La gente dice “violaron a una mujer ¿Cómo la mujer va a tener el hijo del violador?”, pero el problema es el siguiente: Una vez que se produce la concepción, sea la fuente cual fuera, se produce un ser humano y en el Derecho peruano el concebido es sujeto de derecho. Entonces, si ya es concebido, no hay vuelta que darle. El embrión es un ser humano, no está del todo desarrollado, pero es un ser humano y por lo tanto podría ser sujeto de derecho.

Es como un niño: Un niño no es un adulto, pero sabemos que va a ser un adulto. Bajo el argumento de que no es un adulto yo no podría decirle “tú no vas a votar nunca”, o “te voy a negar la licencia de conducir de por vida”. ¿Por qué? si más tarde va a llegar a ser

adulto. Es igual en un embrión, acaba de ser concebido, tiene ya el programa instalado para ser un ser humano completo, entonces ya es un ser humano, sólo que no completo. Una sociedad civilizada tiene que proteger la vida, sobre todo del que no se puede defender. Ese ser humano concebido producto de la violación, no es culpable de la violación, ni es culpable de la casualidad, del atropello, del asalto producto del cual viene este embarazo. Entonces, yo entiendo que la madre no quiera tener a este hijo, pero, de acuerdo a nuestro grado de sensación, esa madre debería dar a luz a ese hijo, y en todo caso entregarlo en adopción o a las autoridades, si es que verdaderamente no quiere criarlo.

El problema con el tema del aborto y la concepción es que el recién concebido necesita de las instalaciones anatómicas de la mujer durante nueve meses, entonces es como –yo lo comparo un poco a– la idea del inquilino precario, o sea, que está ocupando un sitio sin que lo hayan llamado, más aun en el caso de la violación. Pero aun en el caso del inquilino precario, nosotros no reconocemos el derecho del dueño de entrar a balazos y sacarlo, entonces en éste caso igual: No creo que se deba reconocer el derecho de la madre, por más que haya sufrido –y todos lo reconocemos– una infracción a sus derechos, su integridad sexual y su libertad sexual. Si bien ella tiene derecho a ser resarcida, ese resarcimiento no debe transferirse a matar a una persona.

Yo creo que de hecho ella lo puede dar en adopción. El Estado debe poder encargarse de eso, y por supuesto, castigar al autor y resarcir a la madre, pues es un daño tremendo. Sin embargo, darle la opción a ella de elegir criarlo o no criarlo, mas no disponer de la vida del ser humano. Creo que es una situación muy lamentable la que tiene que pasar una mujer violada, pero yo creo que no le queda otra, porque la otra opción sería matar a alguien. Entonces, no porque yo haya sido violada tengo derecho a matar a una tercera persona que no es la que me violó.

8. Y en ese sentido, la pena por el aborto por violación –tres meses como máximo según el Código Penal– quizá termina siendo un poco baja. ¿Qué opina?

Bueno, eso ya puede ser un poco más discutible porque hay que entender que una mujer, primero, violada, y segundo

embarazada, sufre una alteración de las dimensiones de la realidad, una persona bajo el *baby blues*, se torna en una persona con una depresión tremenda, entonces habría que analizar caso por caso. Yo creo que el juez debería ser muy discrecional en eso y tener un rango más amplio porque sí pueden haber madres que son unas malditas, o personas que son malas, y pueden haber madres que simplemente están bajo una influencia emocional muy fuerte. Esa alteración me la trato de imaginar, pero no la he vivido, y cuando converso con las mamás parece que sí es una cosa bien sensible, bien impactante.

9. Luego, existe otro tipo de aborto: El aborto eugenésico, que suele ocurrir cuando el embrión o feto presenta serias malformaciones que comprometen o amenazan con comprometer la calidad de su vida, tanto psíquica cuanto físicamente. ¿Estaría también en contra de ese tipo de aborto?

Totalmente, porque eso es ponernos en la época de Esparta, en donde a los chicos malformados los tiraban del Monte Taigeto porque eran cojitos o tenían algún tipo de retraso mental. Y como ellos querían la raza pura, y querían que todos fueran soldados capaces de defender a la patria, eliminaban a los que tenían alguna minusvalía. Yo creo que hoy día estamos en un nivel de civilización en el que, más bien, nosotros los protegemos, los cuidamos, tenemos estacionamientos especiales para ellos. Cómo vamos a facilitar el aborto porque vienen con defectos estas personas, más bien, tenemos que ayudar a que esas personas superen los defectos y convivan con nosotros normalmente.

10. Existe, sin embargo, un matiz, que se trata de los casos de los bebés anencefálicos, es decir, que nacen sin cerebro. Esto también está contemplado dentro del aborto eugenésico. Se dice, además, que la madre va a pasar por un trauma muy fuerte para finalmente dar a luz a un niño que prácticamente tiene horas de vida. ¿En este caso estaría de acuerdo?

Yo creo que el derecho a la vida pertenece al sujeto, no a la madre ni a nosotros, entonces si bien es un trance muy difícil, yo creo

que la vida nos enseña, por ejemplo a los padres, a estar con nuestros hijos hasta el último momento. Yo creo que si bien puedo entender los sentimientos de alguna madre o algún padre –y conozco además casos de padres que porque su hijo sufre algún tipo de anomalía, han querido que el hijo muera–, eso no lo podemos permitir. Pasándolo al caso de bebés anencefálicos, yo creo que si el bebé tiene un transcurso de vida, pues que lo cumpla, pues el destino, la naturaleza o Dios, o lo que le haya dado esa vida, le ha dado lo único que tiene y debe tener derecho a vivir su corta vida, en vez de un tercero acortarle más la vida. No solamente es que nació sin cerebro, sino que nosotros le quitamos la vida. Eso no se puede.

11. Respecto a la tenencia y uso de drogas, ¿considera que las sustancias psicotrópicas como la marihuana deben ser legalizadas?

Yo estaría en contra de la legalización sólo de la marihuana y no de todas las demás drogas. Creo que todas las drogas deberían tener el mismo tratamiento legal que tienen todas las drogas con receta, porque las que consumimos con receta, son drogas, y también causan daños. Pero, claro, una señora que tiene dinero para irse a su psiquiatra y que le recete unas pastillas para dormir, esa señora sí está muy bien, y no está muy bien el que no tiene tanta plata, se mete su *pye* y quiere tranquilizarse con eso. Pero la señora que tiene para el psiquiatra sí puede y él no puede.

Lo único que hay que hacer allí, es el mismo tratamiento que con el alcohol, o sea nuevamente, es un derecho cuyos controles van a venir por el reconocimiento formal de ese derecho. Por ejemplo, la mayoría de edad. No podemos aceptar inducir a niños al consumo de drogas, o a la adicción a las drogas, número uno. Número dos, no podemos aceptar que un policía dirija el tránsito bajo el efecto de una droga: Eso debe tener una sanción gigante. Un juez no puede resolver bajo los efectos de la cocaína.

Pero, digamos, en un planteamiento de reconocimiento del derecho de tener, consumir, comerciar y producir drogas –todas las drogas–, va a ser mucho más fácil tener un control sobre los usos de la droga, como lo tenemos con el alcohol, con la licencia, etcétera. Además, el

hecho de que muchos casos de muerte por sobredosis se deben justamente a este problema de la inestabilidad en el control de calidad de la droga. Uno puede comprar en la calle, un gramo de droga con 8% o 10% de cocaína y el resto es basura, y puede comprar en la calle lo mismo, pero viene con 30% de cocaína, es algo que no se sabe. Entonces, ese que está acostumbrado a su dosis, consume 30% en vez de 8%, y lo hace dos veces: Le da una sobredosis. Es todo por la ilegalidad.

Un esquema en el que hubiera cocaína de marca hecha por laboratorios que se dediquen a ello, allí vendrían las indicaciones, los componentes exactos, las advertencias, todo. Como todas las drogas, sólo que unas se usan para el placer y otras se usan para supuestamente curar. Pero, en realidad la medicina no es tan “ciencia” como se dice, y por ejemplo todo lo que estamos viviendo con los antibióticos hoy día es producto de que las industrias han estado muy interesadas en que la gente consuma sin pensar en los efectos. Pero, lo que tenemos ahora lógicamente es terrible, por el uso indiscriminado de los antibióticos.

12. La discusión sobre la legalización de la marihuana está bastante avanzada en Uruguay. Teniendo en cuenta que dicho país tiene un índice de alfabetización bastante alto –el más alto de Sudamérica– y, de hecho, tiene una cultura envidiable. ¿En qué capacidad estaríamos los peruanos de poder legalizar la marihuana, y las otras drogas también, y tener éxito en ello?

Yo no creo que eso tenga que ver con la cultura formal, en el sentido de la cultura letrada. A lo que se refieren ustedes en el nivel de Uruguay es a la cultura letrada, la gente que lee libros y esas cosas. Nosotros tenemos cultura, lo que pasa es que tenemos cultura popular, o sea la cultura de la danza en Puno, las culturas agrícolas en la sierra... Son culturas, lo que pasa es que son culturas tradicionales, son culturas que tienen su conocimiento popular, su conocimiento tradicional, tienen sus literaturas orales, tienen sus tradiciones; lo que pasa es que no es, pues, la cultura letrada.

Hay que tener una visión bastante amplia de lo que es la formación cultural. ¿Por qué? Porque tiene que ver mucho con la cuestión de las normas. Es decir, que porque nuestras culturas populares no sean letradas, no

significa que no sean normativas, no significa que a los chicos no les enseñen a distinguir entre el bien y el mal. Eso se da en todo el mundo: En el África subsahariana y el Perú andino, de manera que creo que ahí no hay ninguna diferencia.

Ahora, nuevamente, ésta no es una cosa que la puedas poner de la noche a la mañana. Se tiene que informar mucho, se tiene que debatir mucho; pero, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, yo creo que nadie podría negar el derecho de un adulto a ingerir la sustancia que él crea conveniente —o no conveniente— para su cuerpo. Es decir, yo veo que hay gente que vuela parapente, y eso es peligrosísimo, se pueden matar, pero yo no le voy a quitar a un adulto el derecho a subirse a un parapente porque él lo crea entretenido. Entonces, las cosas no son solamente si hacen daño o no, es si nos gustan o no nos gustan. Uno asume sus costos y beneficios.

Lo único que resuelve mucho mejor las cosas —más que la prohibición— es la información. La prohibición es enemiga de la información: Si algo está prohibido, no hay buena información, hay información mediatizada, hay información tergiversada, hay mala información. Y, más bien, lo que nos va a ayudar a resolver las cosas, en todos estos temas, es la información, que la gente sepa, realmente, qué es la cocaína, qué es la marihuana. La cocaína es muy mala. La marihuana, que tiene una fama de “la linda”, también es muy mala en el largo plazo, tiene una serie de efectos. Pero nada de esto se va a saber bien si es que la droga es prohibida, entonces hay que reconocer primero el derecho constitucional, fundamental y hasta natural, de las drogas —de los adultos—, y sobre esa base ir construyendo un esquema en el que la Ley vaya reconociendo el derecho no solamente a drogarse bajo un régimen de control social, “poder drogarme acá en mi casa pero no salir a manejar drogado”. Y eso, dentro de un esquema de la historia y la cultura.

13. Bajo esta premisa de la información, es decir, que nos va a dar una mejor posibilidad de decidir si consumir o no una u otra droga y en qué medida, colaboraría también bastante para el control del narcotráfico, que es un tema socialmente preocupante...

No sólo se controla, ¡se acaba el narcotráfico! Porque ya las empresas que venden serían los

laboratorios conocidos. Toda la parte criminal de las drogas desaparece en un momento. La parte criminal de las drogas está asociada a la clandestinidad. O sea, el narcotraficante usa armas, lava activos, busca blanquear el dinero, etcétera, ¿por qué? Porque es ilegal. Si no fuera ilegal, pagaría impuestos. Además, de eso se tendrían que encargar los laboratorios; nuestros laboratorios, que vemos ahí que los intervienen, y que son unos laboratorios limpios, no como los productores clandestinos que a veces venden basura. Es como un trago. Un trago preparado en la calle, y un buen whisky de dieciocho años, los dos son alcohol y por lo tanto en gran medida hacen daño, pero mucho menos daño hace un whisky bien tratado, que un trago de la calle. Es lo mismo con las drogas. Hoy día vivimos con las drogas lo que vivimos con el alcohol en la época de la prohibición.

14. Varios de los temas planteados a lo largo de la entrevista están relacionados a conceptos más morales que jurídicos. ¿Qué opinión le merece esta sinergia?

Bueno, como hablábamos al principio, la moral está antes que el Derecho. Es decir, la gente normalmente no mata ni viola a las personas en la calle, porque considera que es malo; y, dado que es malo, está en el Código Penal. No es al revés, no es que la gente leyó el Código Penal y dice “no voy a matar porque la Ley me lo prohíbe”, entonces la moral precede al Derecho. Yo no digo que la moral deba sustituir al Derecho, pero sí lo precede naturalmente hablando, históricamente.

Entonces, lo que tiene que hacer el Derecho es interpretar las normas morales y consagrarlas en un aparato positivo que permita el *law enforcement*, porque ese *law enforcement* mejora cualitativamente el efecto vinculante de las normas meramente morales. Una cosa es que diga “matar es malo y por lo tanto no mato”, pero por ahí alguien no tiene ese escrúpulo moral. ¿Cómo controlamos a ése? Entonces, por eso el Derecho es necesario, pero siempre que se adapte a la moral de los grupos, de las culturas, de las naciones, y de eso tienen que hacer una especie de norma abstracta que involucre o acepte a todos los distintos grupos morales o culturales, como hablábamos al principio. Para que sea una ley estatal, tiene que ser suficientemente

amplia para que quepan todas éstas, y no entre en conflicto con las normas morales.

15. Entonces, la idea sería que el Derecho englobe y le ponga ese *enforcement* a las normas morales, ya preexistentes en el ordenamiento...

Claro, por eso ese famoso dicho en el Derecho anglosajón que dice “la Ley no se crea, sino se descubre” porque descubres lo que ya está funcionando como prohibición o como negativo, como una regla de justa conducta. Entonces, los legisladores tienen que tratar de ver qué es lo que está pasando y los jueces también. Lo que pasa es que en el Derecho anglosajón, la norma viene por el lado judicial, porque el juez dice “bueno, acá hay un principio, y por lo tanto sanciono”, y de ahí sale la Ley, más bien. En cambio, en nuestro Derecho es al revés. El Derecho comienza con la legislación y termina con la judicialización. Entonces, los legisladores tendrían que ser gente que sepa interpretar las normas morales, para sobre esa base sancionar las normas legales.

16. Pasando a temas un poco más teóricos, ¿podría explicarnos brevemente la evolución histórica del Derecho como ciencia jurídica?

Bueno, yo no soy abogado, pero en lo que ha pasado en las distintas culturas, mucho tiene que ver, por supuesto, el Derecho romano, y antes que el romano, el Derecho antiguo griego, que está muy relacionado, además, con el ámbito de jurisdicciones, y los ámbitos jurisdiccionales. En Roma, se logra establecer este Derecho clásico gracias al desencuentro y al conflicto permanente de los distintos poderes. Poderes que venían de los terratenientes, de la plebe, de los militares que tenían gran influencia luego de las conquistas. Entonces, comienzan a tener que establecerse reglas de juego entre ellos, y eso hace que comiencen a reconocerse jurisdicciones distintas.

Y eso mismo pasa a Europa, a través del encuentro, después, del Derecho romano con los derechos vernaculares –los derechos de los pueblos germánicos, francos, godos, visigodos, etcétera– y se va desarrollando lentamente todo lo que es el Derecho occidental en dos vertientes. El Derecho anglosajón, que es basado en el Derecho

consuetudinario, y el Derecho estatutario, reglamentario, que es, digamos, germánico pero sobre todo francés. Y ahí nosotros, en el Perú, hemos heredado la tradición estatutaria, a través del Código napoleónico, que trata de codificarlo todo para resolverlo todo. Por eso, el problema nuestro con los jueces es que la ley les dice absolutamente todo y no le da mucho ámbito a su poder discrecional, y por lo tanto el juez que pasa ya no investiga. A veces ya ni siquiera lee el expediente, porque todo está en la ley. Entonces viene dictado su actuar en la ley.

En cambio en el Derecho anglosajón, durante mucho tiempo –ya en las últimas décadas ha cambiado un poco– el juez era el que resolvía el conflicto sobre la base del conocimiento de la causa, y esa sanción pasaba a ser parte del acervo del cual surgían las normas, que tenían que interpretar los legisladores, y por eso durante mucho tiempo, por ejemplo, en el Reino Unido se hablaba de la Constitución, y no había una Constitución, no había un texto constitucional. Claro, nosotros somos todos formales, tenemos el texto creyendo que el Derecho proviene de la emisión del texto, cuando el Derecho proviene de las personas, y más bien el texto puede ayudarnos a reforzar. Y el texto es, entonces, un efecto del Derecho, en realidad.

Cuando Fujimori, en 1992, intervino los medios, sacó los tanques y los militares estaban dentro de los medios, ya había depuesto al Congreso, había intervenido el Poder Judicial, o sea que había atropellado la Constitución. Y, sin embargo, en un momento tuvo que retroceder. Él tenía, en ese momento, setenta por ciento de aprobación de la gente, o sea, la gente quería que haga eso. Pero en un momento retrocede, sobre todo con respecto a los medios de comunicación. Yo me he preguntado, ¿por qué retrocedió? ¿Por qué retrocedió, si él tenía los tanques, tenía la opinión pública, y tenía el poder? Entonces, en los hechos –punto de vista fáctico, ¿por qué retrocede?– retrocede porque se topa con un principio constitucional, no con un texto, sino con un principio constitucional que en la historia del Perú estaba muy claro, que era el tema de los medios de comunicación.

En los años setenta, habíamos pasado el problema con el gobierno de Velasco. El gobierno de Velasco empieza a caer cuando intervino los medios. Él los intervino en 1974

y cae en 1975. Y, la oposición que se hizo, por haber intervenido los medios, fue muy grande porque es muy visible. Puedes intervenir las haciendas, pero los medios es visible.

Ahí la gente opina en contra, entonces Fujimori en un momento va tanteando –porque él se manejaba mucho con encuestas– y retrocede abiertamente con respecto a los medios. Desde mi punto de vista, se topó allí con un principio constitucional más fuerte que el texto constitucional porque la Constitución textual ya la había derrumbado, pero se topa con algo, y ese algo está en la gente. Y esa, que está en la gente, es la Constitución verdadera, la Constitución real, la que nos da el poder. El poder de la Constitución no está en el papel, en el texto; está en la gente, lo que la gente esté dispuesta a defender o no defender.

17. Bueno, allí tenemos una pregunta que casi cae por su propio peso. Usted ha estado gran parte de su vida en la prensa, y de hecho su familia en general, ¿cómo cree que se manifiesta esta influencia de los medios de comunicación en una sociedad como la nuestra? ¿Qué aportes da a la sociedad y al Derecho también?

El medio tiene un poder, pero ese poder está limitado por la propia gente porque en el momento que yo comienzo a hacer propaganda, a informar algo que la gente no quiere, la gente cambia, y el gran instrumento para que eso funcione así es la competencia. O sea, si no hubiera la cantidad de medios que hay, podríamos arreglarnos entre nosotros, y dar un solo tipo de mensaje. De hecho, cuando Velazco interviene los medios y los maneja directamente, todos los medios bajaron de circulación. El diario La Prensa, por ejemplo, antes de que lo tomaran los militares, vendía más de 200,000 ejemplares diarios. Cuando se recuperó, en 1980, vendía 16,000 ejemplares. Entonces, ese poder de los medios es relativo: lo tendrás mientras sirvas a la gente. En el momento en que dejas de servir a la gente, lo pierdes rapidísimo.

La gente no es tonta, se da cuenta rápidamente cuando una información está manipulada o cuando algo está bien o mal. Estas teorías de la influencia de los medios parten de un televidente que supuestamente es una tabla rasa y que todo lo que recibe lo aplica, y no es así pues, por más que yo pase el asesinato

de Fulano que le tiró treinta puñaladas a su cónyuge, no va a hacer que otro agarre a puñaladas a su esposa. Al contrario, lo que va a hacer es que va a mirar eso y va a decir “¡qué horror!”, es decir, hay una evaluación moral sobre lo que ve. Lo importante es que el televidente sí es crítico con lo que ve y reflexiona en torno a ello.

18. Hoy en día existe una tendencia a realizar un análisis interdisciplinario al momento de estudiar los diversos fenómenos que puedan generarse. ¿Qué opinión le merece esta tendencia?

Eso sí me parece que es algo muy bueno porque –justamente lo que hablábamos sobre no parcializar– más bien hay que absorber todo. No se puede ser solamente abogado, o solamente físico, o solamente literato, o lo que fuera. De hecho, Einstein decía que un físico que es sólo físico no puede ser un buen físico.

Tienes que mirar el universo más ampliamente, yo por eso creo que la formación humanística es decisiva para cualquiera de las carreras universitarias. Particularmente, los abogados tendrían que tener una formación humanística muy sólida, en sentido contrario a lo que está sucediendo hoy en día, que es que se están reduciendo los estudios generales, cuando yo creo que tendríamos que ampliarlos, ampliar los estudios generales, y más bien, los estudios de especialización convertirlos en lo que son hoy día. Tú después de diez años regresas a la universidad porque lo que aprendiste ya está obsoleto, más aun si hablamos de leyes, entonces más bien tiene que ser una universidad abierta en la que tú te puedas reciclar, concursos de actualización en la parte especializada, pero la parte básica, tus humanidades, eso no va a cambiar. No va a cambiar lo que escribió Aristóteles, o lo que escribió Cicerón o la historia de Roma y la relación del Derecho canónico con el Derecho romano, eso no va a cambiar. Entonces, más bien, allí tenemos que reforzarlos, para ir a una especialización renovable.

Yo creo que la interdisciplinariedad es esencial. Yo estudié con un profesor que tenía esta visión, que es el profesor Enrique Ballón, que ahora está en la Universidad de Arizona, y él enseñaba en el departamento de lingüística de la Universidad de San Marcos, pero en sus cursos de semiótica, habían antropólogos, educadores, yo venía

de filosofía, historiadores, lingüistas, y era una discusión muy rica porque tú aprendías de las otras disciplinas en la discusión sobre los temas que íbamos tratando. Yo creo que ese debería ser un esquema de enseñanza y de aprendizaje, que es un poco el intercambio de las varias disciplinas para ampliar nuestra visión y no tener estos especialistas que sólo son especialistas. En economía, por ejemplo se ve muchísimo, que los que son solamente economistas generalmente se pierden en el camino y no logran tener una visión general de las cosas. Los que generalmente se ganan los premios Nobel son gente que tiene una formación mucho más amplia, son más creativos.

- 19. Siempre es interesante ampliar los conocimientos que uno pueda tener, viéndolos desde estudios generales, incluso desde el colegio. Asimismo, hoy en día es posible aprender mucho con los programas de Bachillerato Internacional, Alemán, Francés e Italiano.**

Así es, en realidad el bachillerato y sobre todo los estudios generales le dan sentido a todo lo que se vio en el colegio. En el colegio no te explican muy bien el porqué de las cosas, los colegios están muy mal. Pero en realidad, un buen profesor de historia universal que te cuente, por ejemplo, el origen del Derecho romano mezclado con la historia de Roma y las invasiones de César, es fabuloso. Podría ser tan lindo, pero ahí falta mucha vocación, esa tiene que ser la base. Y, finalmente, si no te la da la universidad, tienes que cogerla tú mismo. Siempre les digo a mis alumnos ¿si no está en el *syllabus*, vas a decir 'no estudié eso porque no me lo enseñaron'? A la hora de buscar un trabajo vas a competir con gente que sabe francés, inglés... ¿Y tú qué? ¿Vas a quedarte de brazos cruzados porque nunca te enseñaron? Si no te enseñan, apréndelo tú, haz tu propio programa de estudios." Yo siempre los empujo a que hagan su propio programa de estudios, aparte del de la universidad.